Le Spectacle du monde

QU’EST-CE QU’UNE CONSTITUTION ?

Les Constitutions sont apparues à l’époque moderne en même temps que disparaissaient les anciennes monarchies dont l’organisation politique (les « lois du royaume ») reposait sur la coutume ou la tradition – ce que les Romains appelaient le *mos maiorum*. La plupart des pays du monde disposent aujourd’hui d’une Constitution écrite. Il y a cependant des exceptions, telles l’Angleterre, toujours restée fidèle à une constitution coutumière, le Québec, la Nouvelle-Zélande, Israël, certains pays musulmans, etc. L’Allemagne dispose depuis 1949 d’une « Loi fondamentale » qui devait être remplacée par une véritable Constitution lorsque serait réalisée la réunification du pays, ce qui n’a jamais été fait.

La plus vieille Constitution européenne est celle de la République de Saint-Marin, qui remonte à 1600. Mais la première Constitution moderne, aujourd’hui tombée dans l’oubli, est la Constitution corse, que Pascal Paoli avait fait voter en 1755 à Corte en s’appuyant sur les réflexions de Jean-Jacques Rousseau. Elle resta en vigueur jusqu’à l’annexion de la Corse par la France en 1769.

Mais qu’est-ce qu’une Constitution ? On la définit généralement comme un acte juridique, concrétisé par un texte ou un ensemble de textes fixant l’organisation et le fonctionnement d’une société politique, c’est-à-dire d’un Etat. Elle est à la fois l’acte politique et la loi fondamentale qui préside à l’organisation des pouvoirs publics et des institutions, régissant ainsi les rapports entre gouvernants et gouvernés. Toute loi devant être conforme à ses règles, elle est ce qui fait que la loi a valeur de loi.

Il s’agit en général d’un texte relativement court, qui fixe des règles générales sans prendre position sur des orientations politiques, économiques ou sociales particulières. Gros de plus de 700 pages, le projet de Traité constitutionnel européen du 29 octobre 2004, rejeté par référendum par les Français un an plus tard, n’avait de ce point de vue aucun des caractères d’une Constitution puisqu’il prétendait au contraire graver dans les marbre des orientations contraignantes en matière de politique économique et de politique étrangère. Sa dénomination était d’ailleurs elle-même contradictoire, car une Constitution et un traité relèvent de deux logiques juridiques complètement différentes.

Une Constitution est dite « rigide » quand sa révision exige une procédure différente de la procédure d’adoption des lois. En France, par exemple, toute révision de la Constitution doit,

pour entrer en vigueur, être approuvée par référendum ou par un vote des trois cinquièmes de l'Assemblée et du Sénat réunis en Congrès.

Le respect de la Constitution est assuré par un cour constitutionnelle, telle la Cour suprême aux Etats-Unis. Ce rôle est dévolu en France au Conseil constitutionnel. Celui-ci comprend neuf membres nommés pour neuf ans, et se renouvelle par tiers tous les trois ans. Ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours.

Ainsi exposées, les choses paraissent simples. Elles sont en réalité beaucoup plus complexes, ainsi que le montre l'histoire du constutionnalisme.

Le constitutionnalisme est une théorie de droit qui pose en principe que le pouvoir souverain et les droits fondamentaux doivent être réglementés et garantis par une Constitution écrite. Historiquement, c'est une doctrine d'orientation libérale qui correspond à une volonté de limitation du pouvoir politique, réputé « arbitraire » en son essence. Porté par cette volonté, qui n'a cessé de s'affirmer depuis le XVIII[e] siècle, le constitutionnalisme constitue un moyen de réaliser les valeurs libérales, lesquelles reposent sur la conviction que le meilleur des gouvernements est celui qui gouverne le moins. L'idée d'une nécessaire « séparation des pouvoirs », inventée par Henri de Bolingbroke et théorisée après lui par Montesquieu (*L'esprit des lois*), va dans le même sens : en répartissant les compétences entre différents pouvoirs, au lieu de les concentrer dans les mains d'un seul, on cherche avant tout à en atténuer les effets.

Au XX[e] siècle, l'expérience des régimes totalitaires a montré que la loi pouvait être liberticide, ce qui n'a pas manqué de donner un nouvel élan au constitutionnalisme. Pour se prémunir contre un retour des dictatures, la Constitution a été plus que jamais posée comme le rempart des libertés. C'est alors que l'on a vu se développer les procédures de contrôle de la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire de contrôle juridictionnel des actes décidés par le peuple ou par ses représentants. Ce fut la consécration de l'« Etat de droit », qui vise à assurer la limitation de l'Etat par la garantie des droits fondamentaux. Cela s'est fait au prix d'une modification du sens et de la portée des Constitutions.

Au départ, comme l'écrit Carl Schmitt, la Constitution est avant tout la « structure globale concrète de l'unité politique et de l'ordre social d'un Etat précis » (*Théorie de la Constitution*). Dans cette conception, l'Etat est à la limite perçu comme un organisme dont la Constitution réglemente le fonctionnement. C'est dans cette tradition que se situent ceux qui définissent l'Etat comme une unité politique représentant le peuple, une institution suprapersonnelle faisant du peuple un tout organique. On en trouve certaines racines chez Montesquieu, qui estime que chaque peuple a « la constitution qui lui est adéquate et qui lui convient » (*Philosophie du droit*). Chez Hegel, au XIX[e] siècle, la Constitution constitue l'être politique de l'Etat (et non son devoir-être). A la même époque, le réformateur prussien Lorenz von Stein définit la Constitution par l'« accord substantiel entre le droit et l'esprit du peuple », cet accord étant précisément ce qui fonde sa légitimité.

D'où cette définition également donnée par Carl Schmitt : « Une Constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être. Le mot "volonté" définit la nature essentiellement existentielle de ce fondement de la validité, par opposition à toute dépendance envers une justesse normative ou abstraite ». Cela signifie que

le rôle d'une Constitution se limite à son effectivité normative : il faut obéir à la Constitution parce que c'est la Constitution, non en raison de son contenu.

Le constitutionnalisme libéral est tout différent. A la conception « pure » de la Constitution, il substitue une conception « substantielle », découlant de l'idée que la Constitution a pour but essentiel de faire respecter certains droits. Cette conception, aujourd'hui dominante, donne à la Constitution une valeur en soi : la Constitution tire sa supériorité de ce qu'elle contient des principes qui sont la condition des « droits fondamentaux », et c'est à ce titre qu'elle doit imposer ses fins au législateur. Le rôle du juge constitutionnel n'est plus, dès lors, de se borner à dire si la loi est formellement conforme à la Constitution, c'est-à-dire si elle a été adoptée dans les règles, mais si elle l'est substantiellement, c'est-à-dire si elle respecte ces principes moraux reconnus par le droit que sont les « droits fondamentaux ».

Cette idée qu'une « vraie » Constitution implique nécessairement le respect de certains droits était déjà présente dans la Déclaration des droits du 26 août 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » (art. 16)… même s'il en a quand même une ! C'est une évolution fondamentale. La Constitution était un document dont le contenu pouvait être éminemment variable, elle devient maintenant un outil au service d'un certain nombre de valeurs.

Le constitutionnalisme libéral place l'autorité de la Constitution au-dessus de la souveraineté du pouvoir politique. Il rappelle sans cesse que la souveraineté du peuple est elle-même toute relative, ainsi que n'ont cessé de le faire Benjamin Constant et François Guizot. « La spécificité de la Constitution libérale bourgeoise est d'ignorer le souverain » (Carl Schmitt). La Constitution n'a dès lors plus pour objet le bon fonctionnement de l'Etat, mais la protection des citoyens contre la puissance de l'Etat. Elle ne vise plus à protéger la liberté de la collectivité, mais à garantir la liberté (les droits subjectifs) de chaque individu en tant qu'individu.

D'entrée, l'actuelle démocratie constitutionnelle s'oppose à une démocratie fondée sur la primauté de la loi en tant qu'émanation de la souveraineté populaire. Dans une telle optique, toute loi allant à l'encontre des valeurs constitutionnelles, même lorsqu'elle correspond à la volonté du peuple ou de ses représentants, est déclarée nulle et non avenue. Alors que l'art. 6 de la Déclaration de 1789 affirmait que « la loi est l'expression de la volonté générale », un arrêt du Conseil constitutionnel daté du 23 août 1985 a ainsi précisé que « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». La Constitution apparaît par là comme un outil de limitation des pouvoirs du peuple, un rempart contre certaines de ses exigences, une manière de soustraire certains problèmes à sa compétence ou à son autorité. Censée garantir les libertés, la Constitution aboutit paradoxalement à limiter la liberté de choisir et de décider.

La notion de loi démocratique, rappelons-le, est une notion politique, non une notion libérale. Elle procède de la *potestas* du peuple et affirme qu'est ou doit devenir loi tout ce que veut le peuple. C'est à cette conception démocratique que s'oppose directement le constitutionnalisme libéral. Du constitutionnalisme ou du légicentrisme, du droit ou de la politique, qu'est-ce qui doit alors l'emporter ? D'un point de vue démocratique, il y a là un véritable problème.

Prenons un exemple simple. En août 1993, le Conseil constitutionnel a censuré certaines dispositions de la loi relative à la maîtrise de l'immigration au motif qu'elles portaient des « atteintes excessives aux droits fondamentaux de valeur constitutionnelle ». A n'en pas douter, il en irait de même d'un vote majoritaire visant à supprimer le droit à l'avortement, à rétablir la peine de mort ou à retirer la nationalité française à des naturalisés de fraîche date.

Ainsi que le reconnaît Dominique Rousseau, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Paris I : « Avec l'extension et la généralisation du suffrage universel, le conditionnement constitutionnel pèse sur des institutions issues du vote populaire. De sorte que si la Constitution peut toujours se définir comme un "acte de défiance", la cible de la défiance est devenue le suffrage universel et les institutions qui en émanent. En ce sens, la Constitution se présente comme une "garantie contre le peuple" : elle protège les droits constitutionnels contre la volonté du peuple ou des élus du peuple ».

Mais quelle est la légitimité dont peut se prévaloir le juge constitutionnel lorsqu'il censure une loi votée par les représentants du peuple, s'opposant ainsi à l'accomplissement de la volonté majoritaire ? Au nom de quoi les juges peuvent-ils empêcher la volonté politique du peuple de s'accomplir du seul fait qu'elle est la volonté du peuple, alors que la souveraineté populaire est le fondement de la démocratie et le suffrage universel le moyen de son expression ? En d'autres termes : où trouver dans un système démocratique le fondement d'une limitation du pouvoir du peuple ?

La réponse implicite, aujourd'hui, est qu'une loi est nulle lorsqu'elle contredit le principe des « droits de l'homme ». La Déclaration des droits de 1789 affirmait déjà que « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements ». Le Préambule du 27 octobre 1946 proclame que tout être humain « possède des droits inaliénables et sacrés ». Le Préambule de la Constitution de la V[e] République indique pareillement que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale » – sans s'interroger sur la compatibilité intellectuelle de ce principe de philosophie morale et de ce principe de doctrine politique.

Cette insistance mise sur les droits de l'homme donne de toute évidence à la Constitution une coloration fortement idéologique. Elle montre qu'en légitimant certains comportements politiques plutôt que d'autres, les normes juridiques traduisent elles-mêmes des systèmes de valeurs. La mise en œuvre de ces valeurs pèse sur les mentalités, donnant ainsi à penser que la législation dominante est dans la nature des choses. Les normes, par là, masquent fréquemment des rapports de force, la « science du droit » contribuant encore à entretenir l'illusion. Or, les « droits de l'homme » ne sont eux-mêmes qu'une idéologie. Qu'est-ce qui impose de la respecter, mieux encore de l'adopter, quand la logique individualiste sur laquelle ils reposent est contredite par la volonté générale ?

Le moins qu'on puisse en conclure est que, contrairement aux idées reçues, Constitution et démocratie ne sont pas des notions consubstantielles. Ce qui jette une lumière assez incertaine sur l'idée de « démocratie par le droit » qui est à la base du constitutionnalisme.

Toutes ces dernières années, on a assisté à un développement spectaculaire du droit constitutionnel « formel », dont témoignent notamment la création d'un « bloc de constitutionnalité » (en 1971, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 ont été ajoutés à la Constitution de la V[e] République, ce qui a permis de leur attribuer une valeur

constitutionnelle. En 2005, celle-ci s'est encore augmentée d'une Charte de l'environnement adoptée par le Parlement), l'extension du contrôle de la constitutionnalité des lois, la révision de la Constitution en raison de l'apparition des normes européennes. La conséquence en a été que les juristes jouent un rôle de plus en plus important par rapport aux politiques (c'est la tendance au « gouvernement des juges »), évolution allant de pair avec une prééminence de la connaissance juridique sur la connaissance sociologique de la politique.

Cette dérive a eu des conséquences importantes. Elle a institué une séparation entre les gouvernants et les gouvernés, en en faisant les porteurs de deux volontés normatives potentiellement contradictoires : les juges constitutionnels, auxquels les gouvernés peuvent recourir pour supprimer certaines lois, empêchent les gouvernants de s'affirmer souverains. La démocratie ne se définit donc plus comme l'identification du peuple avec ceux qu'il a élus. Une pluralité d'acteurs se substitue au Parlement. La Constitution n'est plus tant la Constitution de l'Etat que la Constitution d'une société d'individus. Le « patriotisme constitutionnel » (Jürgen Habermas) remplace l'adhésion politique à l'Etat. Le droit devient une religion, dont le juge est le grand prêtre.

Cette tendance antidémocratique est encore renforcée dans ce qu'on appelle le courant « néoconstitutionnaliste » actuel (Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Robert Alexy, etc.). Celui-ci, qui se veut à la fois théorie des sources du droit et théorie de la connaissance du droit, fait de la Constitution une norme supérieure à la loi d'un point de vue, non seulement juridique, mais axiologique. Sa conviction est qu'un grand nombre de principes juridiques consacrés dans la Constitution sont en fait des normes morales, en sorte que c'est la morale qui doit, plus encore que le droit, dominer le politique. Le mot « norme » est d'ailleurs équivoque, car il peut aussi bien désigner une réglementation juridique qu'une règle morale, alors que les deux choses ne sont pas synonymes. L'erreur du néoconstitutionnalisme est en fait de s'imaginer que le droit ne peut être à lui seul créateur d'obligation, qu'il ne peut être obligatoire qu'à la condition d'être moralement « juste » (d'où la nécessité de lui trouver un « fondement absolu ») – ce que dément radicalement l'expérience historique.

Une autre question essentielle est celle du pouvoir constituant. L'idée de droit ne pouvant se poser elle-même, une Constitution n'est valide que si elle émane d'un pouvoir constituant qui en fait l'expression de sa volonté politique (et non pas juridique) et en impose l'autorité à tous les organes de la société et de l'Etat. C'est en ce sens que le politique précède nécessairement le droit : « Avant toute normation, on rencontre la décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant, c'est-à-dire du peuple dans la démocratie, du monarque dans la vraie monarchie », écrit Carl Schmitt. Cette décision se distingue fondamentalement d'un contrat ou d'un pacte social dans la mesure où elle ne crée pas un peuple, mais en fait au contraire un présupposé.

D'un point de vue démocratique et politique, seul le peuple peut s'instituer en pouvoir constituant, tandis que d'un point de vue purement juridique, n'importe quelle autorité établie peut adopter ou imposer une Constitution. Comme l'observait Thomas Paine : « Un Constitution n'est pas l'œuvre d'un gouvernement, mais d'un peuple constitué en gouvernement » (*The Rights of Man*, 1791). En d'autres termes, la Constitution est la voie solennelle par laquelle un peuple se dote de façon durable du régime qu'il a choisi. « L'opération constituante, écrivent André Hauriou et Jean Gicquel, se présente comme un renouvellement de la fondation de l'Etat effectué, cette fois, avec la participation active et consciente de la nation ».

Avec la Révolution française, c'est en effet la « nation » qui est devenue le pouvoir constituant. D'où l'idée proclamée dans la Déclaration de 1789 selon laquelle « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation » (art. 3), la « nation » désignant ici le peuple rassemblé en tant qu'unité capable de se donner une existence politique sous une forme donnée.

Revenu au pouvoir en 1958, le général de Gaulle s'est vu déléguer le pouvoir constituant. Mais la Constitution de la V[e] République, promulguée le 4 octobre 1958, a d'abord été approuvée par le peuple lors d'un référendum. Le peuple s'est ainsi posé en pouvoir constituant. C'est également lui seul qui peut réviser la Constitution, directement ou indirectement. Mais la révision ne peut pas porter sur n'importe quoi. Il est ainsi précisé que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Pas question de revenir en monarchie même si la majorité des Français le voulaient !

Le peuple, qui a établi la Constution, peut-il aussi l'abroger ? Aujourd'hui, il n'en a pas le droit. La Constitution française du 24 juin 1793, d'inspiration girondine, prévoyait pourtant cette possibilité : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution » (art. 93). L'adoption d'une Constitution ne fait en effet pas disparaître le pouvoir constituant qui l'a instaurée. Et celui-ci n'a nulle raison objective de se supprimer lui-même au bénéfice des juges d'une Cour suprême ou d'un Conseil constitutionnel, qui n'ont même pas été élus. « Là où existe un pouvoir constituant, écrit Carl Schmitt, il existe toujours un minimum de Constitution qui n'est pas nécessairement atteint par une dérogation aux lois constitutionnelles, une révolution ou un coup d'Etat, pourvu que subsiste le fondement de la Constitution, le pouvoir constituant – que ce soit celui du roi ou celui du peuple ».

Une dernière interrogation réside dans le sort des Constitutions nationales au regard de la construction européenne. Ce sort est paradoxal. En théorie, la Constitution représente la règle la plus élevée de l'ordre juridique d'un pays. La Cour de justice de l'Union européenne a cependant arrêté que les normes européennes sont désormais supérieures aux règles nationales, y compris constitutionnelles, ce qui constitue un élément fondamentalement nouveau. En France, la Constitution a ainsi été révisée à plusieurs reprises au seul motif de se mettre en conformité avec des normes européennes, alors même que, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, les dispositions des traités internationaux ont une valeur inférieure à celles de la Constitution.

L'historien constate, lui, que les changements radicaux de Constitution interviennent en général à l'issue d'une période troublée, où le fonctionnement normal des institutions s'est trouvé interrompu par une guerre, une révolution ou un coup d'Etat. Fixant le déroulement normal des choses, une Constitution est par nature incapable de faire face aux situations d'exception, qui se définissent par l'effondrement de toute « normalité ». Dans de telles circonstances, le politique prime le droit, parce qu'il est le lieu naturel de la décision, alors que la science du droit est seulement descriptive. A terme, le pouvoir constituant s'exprime à nouveau. C'est une façon de remettre les choses à l'endroit.

Alain de Benoist